



CONVERSIBILIDADE DE RITO, DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONA- LIDADE JURÍDICA E LITISCONSÓRCIO EVENTUAL

Fredie Didier Jr. Professor de Processo Civil da UNIFACS —Universidade Salvador. Professor da Universidade Católica do Salvador. Professor da Pós-graduação da FDV (ES) e UNIPÊ (PB). Professor do JusPODIVM – Centro de Preparação para a Carreira Jurídica. Membro do Conselho Diretor da Gênese — Revista de Direito Processual Civil. Sócio do Instituto dos Advogados da Bahia. Mestrando em Direito (UFBA). Advogado.



SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais. — 2. Breve sinopse da causa. — 3. Mudança do pedido. Do requerimento de falência à ação ordinária de cobrança: 3.1. Da conversibilidade do procedimento antes da citação. Fulcro da questão: alterabilidade do *petitum*; 3.2. O procedimento e a tutela do direito material. A transposição para o pedido de cobrança e os princípios da economia processual e do não-prejuízo. — 4. A relação jurídica de direito material. Pretensão de cobrança. — 5. A satisfação da dívida. A alteração subjetiva da demanda. A possibilidade de futura aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica: 5.1. Generalidades; 5.2. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicação no caso concreto; 5.3. A citação dos sócios e o devido processo legal. Necessidade de, em homenagem aos princípios do contraditório e da ampla defesa, chamá-los à integração da demanda desde o processo de conhecimento. O litisconsórcio eventual. — 6. Bibliografia utilizada.



1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Consultados por determinada sociedade comercial, atuante no ramo petroquímico, a respeito da possibilidade de aproveitamento de certo processo de falência (que tramitava em uma das varas cíveis da





Comarca de Camaçari, Bahia, estagnado havia três anos), entendemos por bem ingressar com um pedido de alteração objetiva e subjetiva da demanda.

De um lado, pedimos a conversão da demanda falimentar para uma demanda ordinária de cobrança; de outro, pedimos a inclusão, no pólo passivo, dos sócios da empresa ré, valendo-nos da técnica do litisconsórcio eventual.

Esta conversão, aparentemente esdrúxula, teve como objetivo principal trazer aos autos os sócios, para, em um procedimento de cognição plenária (ordinário), poderem ter seus bens submetidos à futura excussão patrimonial. Com isso, discutem-se, aqui, questões processuais relevantes, tais como a alteração objetiva da causa, o litisconsórcio eventual e a desconsideração da pessoa jurídica.

Eis, em síntese, as razões que nos moveram a tomar este posicionamento.

2.BREVE SINOPSE DA CAUSA

Em maio de 1997, a requerente pediu a falência da ré com fulcro na titularidade de cinco duplicatas, devidamente protestadas, vencidas e não pagas em, tudo em perfeita consonância com o que autoriza o Decreto Lei n.º 7.661 de 21.06.45.

Proposta a demanda, expediu-se, em 31 de janeiro de 1998, mandado de citação. Sucede que, consoante atestava certidão acostada aos autos (fl. 31), datada de 14 de abril daquele mesmo ano, fora o referido mandado devolvido ao cartório, não se completando, pois, a *ius vocatio*.

Depois de uma série de desencontros, requereu, a acionante, em setembro de 1999, novamente, a citação da ré, conforme petição à fl. 36; procedimento este que, mais uma vez, restou frustrado. De fato, de acordo com a certidão exarada pelo ilustre meirinho, no endereço constante da certidão da JUCEB —Junta Comercial do Estado da Bahia, encontrou-se o suposto local da sede da empresa em estado de completo abandono.

Dessa arte, decorridos mais de três anos da propositura da demanda, sem que fosse possível a *triangularização* da relação jurídica processual e, ciente de meio mais eficaz para satisfação de seus direitos frente à requerida, pretendeu a autora providenciar as seguin-



tes mudanças, objetiva e subjetiva, da sua petição inicial.

3. MUDANÇA DO PEDIDO. DO REQUERIMENTO DE FALÊNCIA À AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA

Tenciona a modificação do pedido: de decretação da falência para uma cobrança dos valores devidos e não-pagos. Nesse desiderato, já tendo sido ajuizada a demanda falimentar e não se tendo completado a citação da empresa requerida, a via processual adequada seria a mudança do pedido, por meio da alteração da exordial.

Doravante, demonstrar-se-á a procedência de semelhante requerimento, valendo-se, principalmente, de dois argumentos, a saber: **a)** conversibilidade procedimental, antes da citação, por inteligência do art. 264 do CPC (possibilidade de mudança dos elementos objetivos da demanda); **b)** tutela, pelo procedimento, do direito material em lide e o atendimento aos princípios da economia processual e do não-prejuízo.

A eles, pois.

3.1 Da conversibilidade do procedimento antes da citação. Fulcro da questão: alterabilidade do *petitum*.

Na linha da tradição luso-brasileira, o CPC, imantado da preocupação de conferir estabilidade à demanda, estabelece, no art. 264, a impossibilidade de se alterarem os elementos objetivos desta, sem anuência do demandado, depois de efetivada a sua ciência. É o que se infere da letra clara da norma: "**Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu...**"

Assim, portanto, é unânime o entendimento de que é permitida a mudança do libelo, desde que ainda não tenha sido a relação jurídica processual validamente angularizada por intermédio da citação.

Dessa compreensão, de acordo com o que nos informa a doutrina mais autorizada, e.g., Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Edson Ribas Malachini, avulta a possibilidade de ser alterada a petição inicial, desde que não perfectibilizada a angularização do processo, a fito de modificar o procedimento outrora escolhido, por outro, mais adequado a "*res in judicio deducta*".

Com efeito, segundo o magistério de Malachini (*Da Conversibilidade de um Processo em Outro, por Emenda à Petição Inicial*. JB 163/36-43) quando se está na fase inicial do processo; quando os erros podem ainda ser muito mais eficazmente corrigidos; quando a

petição inicial pode ser emendada (art. 284), adaptada “ao tipo de procedimento legal”, quando se permite que o autor livremente mude o pedido ou a causa de pedir (art. 264), não há porque deixar de permitir a alteração procedimental.

Registre-se: o legislador processual escolheu como critério para concreção do princípio da estabilidade do processo a possibilidade de modificação dos elementos da causa.

E só.

É por isso que, com o passar dos atos compreendidos na fase postulatória, vão-se diminuindo as possibilidades de alteração dos elementos da causa (partes, causa de pedir e pedido), até se chegar ao seu término, com o saneamento do processo, em que qualquer modificação dos mencionados elementos é impossibilitada. Atinge-se o cume da estabilidade processual.

Assim sendo, não há qualquer óbice para —depois de exercitado o direito processual do autor de, antes da citação, modificar a causa de pedir ou o pedido— se adotar um outro procedimento. Em outras palavras: na hipótese de ainda não ter sido o réu chamado a integrar o processo, motivos não existem para se proibir a alteração do procedimento, afinal, repita-se, nessa fase vige expressa permissão legal à transformação do libelo (alteração do pedido e da causa de pedir).

Nessa seara, recorre-se aos ensinamentos de Malachini quando autoriza a conversão, inclusive, de processo de execução em ação de conhecimento: “*Como há pouco indagamos, que essencial diferença existiria entre a alterabilidade do pedido ou da causa petendi — expressamente permitida, pelo art. 264, antes da citação — no âmbito de um mesmo processo (de conhecimento, de execução ou cautelar) e a mesma alterabilidade com transposição de um tipo de processo para outro? Porque não seria possível — sempre nessa fase inicial do processo, repita-se — (mediante a emenda, a adaptação à petição inicial) de um pedido de prática de atos executivos para satisfação do credor, com citação para pagamento em 24 horas sob pena de penhora, para um pedido de condenação do réu ao pagamento da mesma quantia reclamada (por se chegar a conclusão de que, na verdade, não se dispõe de título executivo) desde que na emenda a inicial se indique, então, a causa da obrigação, que ficaria abstraída na petição de execução?*” (Da Conversibilidade de um Processo em Outro, por Emenda à Petição Inicial. JB 163/39).

Na mesma linha de intelecção, se posiciona Carlos Alberto Al-

varo de Oliveira, referindo-se à hipótese propalada pelo multicitado doutrinador paranaense: *“Nada impede, porém, dentro do permissivo legal do art. 284 do Código de Processo Civil, antes da citação e mesmo por sugestão do juiz, v.g., a adaptação da petição inicial de ação executiva para processo de conhecimento, ou vice-versa, pois, conforme o art. 264 desse Código, o autor pode promover semelhante modificação.”* (Do Formalismo no Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 145 —grifos nossos).

Logo, por esse prisma, é perfeitamente possível a alteração procedimental na demanda deduzida em juízo.

Com efeito, incide, aqui, o velho argumento *a maiori ad minus*: se pode o autor transpor processo de execução em processo de conhecimento, ainda com maior tranqüilidade poderá ele postular a troca de requerimento de falência por pedido de cobrança, haja vista se tratar ambos de ação de conhecimento —pelo menos, quanto à primeira fase daquela.

Se assim é, a pretensão de conversão procedimental, no caso, é perfeitamente lícita, eis que se expressa em simples alteração, em momento autorizada pela ordenança processual, de pedido inicialmente formulado, mantida a *“causa petendi”*.

De fato, baseando-se na mesma causa de pedir, apenas se requer a condenação do réu a pagar determinada importância — cobrança — ao invés de se intentar “a declaração de falência da devedora qualificada, depois de citada, para que no prazo de 24 (vinte e quatro) horas elida o presente pedido, depositando o débito apurado...”

3.2 O procedimento e a tutela do direito material. A transposição para o pedido de cobrança e os princípios da economia processual e do não-prejuízo.

Conforme acentua Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (ob. cit., p. 112), o procedimento, há muito, deixou de ser enxergado como um *“pobre esqueleto sem alma”*. Sofre ele, hodiernamente, inextricável influência do direito material a que serve de trilho para a efetivação da tutela. Assim, as normas procedimentais devem cercar-se da constante preocupação de emprestar ao processo a maior efetividade possível no desempenho de sua tarefa básica de composição do litígio.

Na questão *“sub iudice”*, o ponto nevrálgico reside no procedimento. Eleito o rito falimentar, agora se intenta a transposição para ação ordinária de cobrança. No item anterior, atentamos para a possibilidade legal dessa conversão (art. 264), agora, cumpre demonstrar



de que maneira esse requerimento corrobora com a idoneidade do processo, nos termos já demonstrados.

Vejamos.

Por ocasião da exposição dos fatos, lembramos ter sido a presente demanda intentada nos idos de 1997. Recordamos, ainda, o fato de serem as duplicatas que embasam o pleito falimentar vencidas, não pagas e protestadas em 1996. Pois bem, naquele momento avultava para a autora um concurso de pretensões processuais: ou requeria a falência ou simplesmente executava os títulos de crédito.

Entretanto, escolhida a via falimentar, por uma série de vicissitudes, inclusive a impossibilidade de encontrar a ré, passaram-se três anos sem que ao menos fosse possível a angularização da relação jurídica processual; imagine-se findar o processo. Assim, a técnica eleita acabou por condenar a autora a uma verdadeira “*via crucis*” na tentativa de recuperar seu crédito.

Deveras, a relação de direito material aponta para a adequação do procedimento... Ciente da ineficiência da via falimentar para tutelar suas pretensões, optará a demandante, indubitavelmente, pela ação de cobrança.

Por que então lhe impor o ônus de uma desistência, implicando a propositura de nova ação e de novo pagamento de custas (orçadas no mais alto valor) e a conseqüente perpetuação do litígio? Está-se, assim, observado o princípio basilar da Economia Processual?

Certamente não.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (ob. cit., pp. 143/145) informa que os ordenamentos de diversos países, em nome da economia processual, já vêm expressamente admitindo a alterabilidade da demanda, mesmo quando já citado o réu e sem o seu consentimento, v. g, o § 264 da Ordenança Processual alemã, o § 235, 3, da Ordenança Processual austríaca e o §94 da Ordenança Processual de Berna. Em verdade, para todos esses sistemas jurídicos, interessa, de um lado, extirpar rapidamente a lide e, do outro, evitar a proliferação de processos inúteis.

Outrossim, esclarece Piero Calamandrei (*Instituzioni di diritto processuale civile. In: Opere giuridiche. Napoli, Morano, 1970, v. 4*), comentando as normas do então novo **Codice di Procedura** italiano, que, a fito de privilegiar o mesmo princípio, deve, o rito, adaptar-se às circunstâncias, extinguindo o formalismo exagerado para propiciar às partes, no curso do procedimento eleito, a faculdade de seguir o itinerário que melhor se afeioe às dificuldades e ao ritmo da causa.



Ora, se a adequação procedimental pleiteada segue a maré das novas tendências mundiais sobre o processo, no caso concreto, reveste-se de ainda mais lúdima juridicidade, por ser pleiteada quando, pela lei brasileira, pode o autor, **potestativamente**, mudar o pedido e a causa de pedir.

Por fim, vale ressaltar que a propalada mudança não tem o condão de trazer qualquer prejuízo à demandada. De fato, não tendo sido ainda cientificada da demanda, receberá, por intermédio do ato citatório, todo o material processual, sobre o qual debruçará sua resistência.

É o que afirma Edson Ribas Malachini: *“Na hipótese em exame, absolutamente nenhum prejuízo pode sofrer o réu ou o executado: a alteração do pedido ou da causa de pedir, permitida pelo art. 264, com ou sem mudança do tipo de processo (de cognição, de execução ou cautelar), se faz mediante emenda da petição inicial (art. 284), antes da citação; de modo que, quando o réu ou o executado for apresentar a resposta ou os embargos a ação já estará perfeitamente individualizada, com esses dois elementos objetivos essenciais; o processo estará estabilizado, estará assegurada a unidade da relação processual.” (ob. cit., p. 43)*

Ademais, veja-se que, **in casu**, a ação de cobrança oferece possibilidade ampla de defesa. Não há, pois, substancial diferença entre opor-se ao original pleito de falência e desconstituir o crédito vindicado pela demandante.

A contrário, sendo este último procedimento de ampla cognição, com largo e longo debate processual, faltaria mesmo interesse processual da parte adversária em procedimento cuja cognição e possibilidade de defesa são deveras reduzidas.

Por tudo quanto exposto é de palmar clareza a licitude da conversão dos procedimentos.

4.A RELAÇÃO JURÍDICA DE DIREITO MATERIAL. PRETENSÃO DE COBRANÇA

Pacificada a transposição dos procedimentos, cumpre demonstrar o substrato fático, fundamento da presente pretensão material de cobrança. Como exulta da narração dos fatos, em razão de venda mercantil, a demandante sacou cinco duplicatas, em nome do acionado. Vencidos, sucessivamente, cada título, não procedeu, a de-



mandada, ao pagamento das dívidas. Ato contínuo, foram as duplicatas devidamente protestadas no Cartório de Títulos. Não resta, portanto, alternativa senão recorrer aos auspícios do Poder Judiciário, para que possam, os réus, efetivamente, pagar a quantia devida, além dos juros moratórios e correção monetária —cujo índice utilizado foi o INPC (IBGE)— e demais encargos devidos em razão do inadimplemento.

5.A SATISFAÇÃO DA DÍVIDA. A ALTERAÇÃO SUBJETIVA DA DEMANDA. A POSSIBILIDADE DE FUTURA APLICAÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA

5.1.Generalidades

Resta perquirir sobre quem arcará —ou poderá arcar— com o dever jurídico de adimplir as obrigações.

É cediço que, pelos débitos contraídos em nome de pessoa jurídica, responde o seu capital social. Entretanto, hipóteses há em que se permite olvidar o princípio da autonomia patrimonial da empresa para alcançar, nos bens pessoais dos seus membros, a satisfação do crédito vindicado. O direito brasileiro prevê inúmeras hipóteses de responsabilidade dos sócios, muitas delas, entretanto, não interessam ao caso. A que se faz pertinente é a situação legitimante da invasão do patrimônio dos sócios pela aplicação da chamada teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Um dos grandes problemas relativos à aplicação processual da teoria da desconsideração da pessoa jurídica consiste em saber como se proteger as garantias do devido processo legal, ofertando-se aos sócios a possibilidade do contraditório e da ampla defesa. Pensamos, então, que a formulação de **pedido** pela técnica alcunhada de **litisconsórcio passivo facultativo eventual** seja uma boa solução. Na eventualidade de se não satisfizer a dívida através do patrimônio social da pessoa jurídica, imputar-se-á, aos sócios, a responsabilidade por seu pagamento (aplicação da “*disregard doctrine*”).

5.2.A teoria da desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicação no caso concreto.



O art. 20 do Código Civil brasileiro determina ter a pessoa jurídica “*existência distinta da dos seus membros*”, dessa forma, adquire patrimônio próprio e autônomo em relação aos bens pessoais daqueles que a constituem.

Nessa seara, propagam os doutrinadores que a ordem normativa vigente privilegiou o entendimento de que a pessoa jurídica só pode ser concebida, sob o prisma de uma instrumentalidade jurídico-formal, para a consecução de interesses e fins aceitos e valorizados pela sociedade. Neste esteio, leciona Flávia Lefèvre Guimarães (***Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código do Consumidor - Aspectos processuais. São Paulo: Max Limonad, 1998, capítulos I e II, pp. 17/90***) que “*a personalidade jurídica constitui instrumento que encontra razão de ser na necessidade da comunidade de se organizar comercialmente para a utilização da força de trabalho, exploração dos meios de produção e obtenção do lucro*”.

Ora, se assim é, o caráter de instrumentalidade implica o condicionamento do instituto ao pressuposto do atingimento do fim jurídico a que se destina.

Situações há, entretanto, que a utilização da pessoa jurídica é feita ao arrepio da função para qual o direito a albergou... Não se olvidam as inúmeras fraudes que vêm sendo perpetradas sob o manto da incomunicabilidade patrimonial. Não raras vezes, deparamo-nos com notícias de utilização indevida do ente moral para fins de locupletamento pessoal dos sócios, ocultos pela licitude da conduta da sociedade empresária.

Pois bem.

É forçoso admitir que, nesses casos, assim como o direito reconhece a autonomia da pessoa jurídica e a conseqüente limitação da responsabilidade que ela invoca, a própria ordem jurídica deve encarregar-se de cercear os possíveis abusos, restringindo, de um lado, a autonomia e, do outro, a limitação. É nesse cenário, portanto, que desponta a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, visando corrigir essa eventual falha do direito positivo.

É como diz o pioneiro Rubens Requião: “*Se a personalidade jurídica constitui uma criação da lei, como concessão do Estado à realização de um fim, nada mais procedente do que se reconhecer no Estado, através de sua justiça, a faculdade de verificar se o direito concedido está sendo adequadamente usado. A personalidade jurídica passa a ser considerada doutrinariamente um direito relativo, per-*



mitindo ao juiz penetrar o véu da personalidade para coibir os abusos ou condenar a fraude através do seu uso.”(Ob. cit., p.15)

De casuística cada vez menos incipiente, os pretórios apontam para o uso dessa doutrina, como se extrai dos seguintes julgados do STJ:

“RESP-CIVIL – LOCAÇÃO - ALUGUEL - PAGAMENTO.

No contrato de locação, o pagamento é a obrigação principal do inquilino. **Se a avença foi realizada por pessoa jurídica, fraudulentamente, os bens do sócio respondem pelo pagamento.” (RESP 150809/SP, 6ª T, rel. Min. Luís Vicente Cernichiaro, publicado no DJ em 29/06/98)**

“DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. PRESSUPOSTOS. EMBARGOS DO DEVEDOR.

É possível desconsiderar a pessoa jurídica utilizada para fraudar credores. **(RESP 86502/SP, 4ª T, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, publicado no DJ em 21/05/1996)**

Outrossim, o *Código de Defesa do Consumidor*, em seu art. 28, já faz expressa menção ao instituto.

De mais a mais, a desconsideração tem natureza episódica, para o caso (episódio) concreto. Ainda Requião: *“O mais curioso é que a ‘disregard doctrine’ não visa a anular a personalidade jurídica, mas somente objetiva desconsiderar no caso concreto, dentro de seus limites, a pessoa jurídica, em relação às pessoas e os bens que atrás dela se escondem. É caso de declaração de ineficácia especial da personalidade jurídica para determinados efeitos, prosseguindo todavia a mesma incólume para seus outros fins legítimos.” (Ob. cit., p. 14)*

Assim, não restando dúvidas quanto aos termos da aplicação da «*Disregard Doctrine*» no direito pátrio hodierno, cumpre elencar os pressupostos para sua utilização nos casos concretos. De acordo com o que nos informam a doutrina mais autorizada e os julgados do Superior Tribunal de Justiça, será possível afastar a autonomia patrimonial do ente moral sempre que se caracterizar a manipulação fraudulenta ou o uso abusivo do instituto. Em hipóteses, pois, em que se restar caracterizado o seu desvio de finalidade.

De interesse para a questão em tela, tem-se a desconsideração fundada em fraude.

Recorrendo-se ao escólio de Fábio Ulhoa Coelho (*Curso de Direito Comercial. São Paulo: Saraiva, 1999, pp. 31-56*), haverá propósito fraudulento sempre que, encoberto pela “máscara” da pes-



soa jurídica, o sócio vise a prejudicar interesse de terceiros, em nome de anseios próprios.

Em contrapartida, o mesmo jurista pontua a dificuldade de se provar a fraude, haja vista ser dado eminentemente subjetivo. Dessa forma, no atual estágio da relação jurídica processual (fase postulatória), só resta à demandante apontar os indícios que levam à sua configuração, a serem, pois, oportunamente reforçados na dilação probatória ampla existente no processo cognitivo —perícia contábil, investigação do patrimônio pessoal dos sócios etc.

O pleito de desconsideração, no caso, fulcra-se em três indícios, a saber: **a)** abissal diferença entre as quotas dos sócios que integram a sociedade demandada; **b)** fechamento irregular da sede da empresa; **c)** a insolvência da sociedade.

No concernente à **primeira prova indiciária**, deve-se observar o quanto subscrito na certidão exarada pela JUCEB (Junta Comercial do Estado da Bahia). Denota o referido instrumento que a **composição do capital social** da sociedade-ré apresenta uma curiosa peculiaridade: dos R\$60.000 (sessenta mil reais) que o integram, R\$ 59.880 (cinquenta e nove mil, oitocentos e oitenta reais), **99,8% (noventa e nove inteiros e oito décimos por cento)**, pertencem ao sócio **A. H. S.**, enquanto o restante, a ínfima quantia de R\$120 (cento e vinte reais), **0,2 % (dois décimos por cento)**, corresponde à “participação” de sua familiar **M.E.S.**

Está-se, assim, provavelmente, em deparo com situação semelhante ao célebre caso inglês *Salomon vs. Salomon Co.*,⁸³ semente de toda a discussão acerca da supressão da autonomia patrimonial. Com efeito, incontáveis são os exemplos de “sociedades fictícias” formadas com parentes ou amigos, apenas para o locupletamento de seu membro quotista amplamente majoritário. Em ocasiões tais, portanto, devem os magistrados se apegar ao magistério sempre atualizado de Rubens Requião: “... é preciso repelir a idéia preconcebida dos que estão embaídos do fetichismo da intocabilidade da pessoa jurídica, que não pode ser equiparada tão insolitamente à pessoa humana no desfrute dos direitos incontestáveis da personalidade.” (**Revista dos Tribunais, 410/24**)

Outrossim, encaixando-se, como uma luva, à questão em voga, encontramos o julgado do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“Sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Execução fiscal com penhora dos bens do sócio-gerente. Embargos de Terceiro.



Sociedade realmente fictícia, em que o sócio é dono de 99,2% do capital, sendo o restante 0,8% de sua mãe e de um cunhado. A assertiva de que a pessoa da sociedade não se confunde com a do sócio é um princípio jurídico básico, não um tabu, e merece ser desconsiderada quando a sociedade é apenas um “alter ego” de seu controlador, na verdade comerciante em nome individual. Lição de Konder Comparatto. Embargos de Terceiros rejeitados (...)” (TJRS, RDM, 63/83).

O julgado mencionado refere-se ao posicionamento do Prof. Fábio Konder Comparato (sem dúvida alguma um dos maiores juristas vivos deste país), o qual, tentando **objetivar** o estudo da teoria da desconsideração, formulou bela teoria, de ampla aceitação nacional. Sintetizemo-la.

Quando se autoriza a desconsideração fundada na fraude — hipótese básica—, está-se em terreno movediço, porquanto adstrito às lindes subjetivas —de fato, confere-se destaque ao intuito do sócio ou administrador. Tal formulação dificulta sobremaneira a prova. Afirma Fábio Ulhoa Coelho: “Quando ao demandante se impõe o ônus de provar intenções subjetivas do demandado, isso muitas vezes importa a inacessibilidade ao próprio direito, em razão da complexidade de provas dessa natureza.” (*Curso de Direito Comercial, Saraiva, v. II, p. 43*)

Assim, para facilitar a tutela de alguns direitos, preocupa-se a ordem jurídica (e a doutrina) em estabelecer presunções, que, no campo da teoria da *disregard*, se revela na tese do Fábio Comparato, em sua formulação objetiva: a confusão patrimonial. Em uma sociedade cujo patrimônio quase total é de um dos dois sócios, a confusão patrimonial aí é absoluta, não havendo a necessária distinção patrimonial.

Esta tese está sufragada no Projeto do Novo Código Civil Brasileiro:

“Art. 50. *Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, o juiz pode decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determi-*



nadas relações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios das pessoas jurídicas.”

Eis o primeiro dado objetivo a justificar a aplicação da teoria da desconsideração.

O próximo cristaliza-se no **fechamento irregular da sede da empresa**. Na narração dos fatos, aduzimos ter o ilustre oficial de Justiça, por ocasião do cumprimento do mandado citatório, encontrado a sede da sociedade demandada em completo abandono. De fato, ainda que conste no multicitado documento da JUCEB a situação “ATIVA”, as atividades da ré, no endereço fornecido pela certidão, estão paralisadas.

Neste esteio, observem-se as seguintes decisões:

“Agravos de Instrumento. Penhora. Ausência de bens em nome da empresa, que **não se encontra mais estabelecida no local referido em seu contrato social**. Incidência sobre bens particulares de sócio. Empresa que se omite, em oferecimento de bens à penhora, **inclusive com dificuldades para ser citada em execução fiscal, já que não mais domiciliado no endereço constante de seu contrato social, evidencia o abuso de direito e da fraude no uso da personalidade jurídica. Aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, com o precípua escopo de constrição em bens de seu sócio, para garantia do débito judicialmente reconhecido. “Disregard of Legal Entity”. Provimento. (Agravos de Instrumento nº1999.002.9500, TJRS)**

“EMENTA: EMBARGOS. RESPONSABILIDADE PASSIVA DO SÓCIO. SOCIEDADE IRREGULARMENTE DISSOLVIDA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.

Sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Dissolução irregular. Desconsideração da personalidade jurídica. Responsabilidade solidária dos sócios pelos débitos da empresa. **Alteração contratual não registrada perante órgão competente. Legitimidade passiva do sócio na ação de execução.** Apelo improvido.” (Apc nº 598386803, 10ªCC, TJRS, rel.: des. Paulo Antonio Kertzmman, julgado em 19/11/1998)



E a razão para isso talvez sejam as inúmeras formalidades para o encerramento das atividades empresariais, entre as quais se pode ressaltar a quitação de dívidas fiscais...

Demais disso, há a derradeira causa apontada, **insolvência da sociedade**, que completa o rol dos indícios que contribuem para a visualização da fraude. Assim, após formar sociedade fictícia, desligar irregularmente a sede de suas atividades, o “*grande final*” se consubstancia no descaso com as obrigações contraídas em nome da pessoa jurídica. Duplicatas vencidas, protestadas, sem que houvesse qualquer manifestação dos requeridos. Ora, sob o fantasma da separação patrimonial, não há razões para temer a Justiça...

Veja-se que não estamos falando da insolvabilidade comum, típica do insucesso dos negócios, mas sim, de descumprimento obrigacional afetado ao desvio de função da empresa. **Eis o entendimento jurisprudencial a respeito:**

“EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. SOCIEDADE POR COTA DE RESPONSABILIDADE LIMITADA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.

O risco sério de frustrar-se o pagamento de credores justifica a adoção da desconconsideração da personalidade jurídica e a penhora de bens pessoais dos sócios se inexistentes bens de empresa constituída por marido e mulher. A sociedade não pode funcionar como escudo ao enriquecimento ilícito em detrimento de credores e terceiros que com ela contratam. Agravo provido.” (AGI n.º 598452142, 22ª CC, TJRS, rel.: des. Ilton Carlos Dallandrea, julgado em 23/02/1999)

Destarte, por tudo o quanto expendido, avulta cristalino o uso fraudulento da sociedade.

1.3 A citação dos sócios e o devido processo legal. Necessidade de, em homenagem aos princípios do contraditório e da ampla defesa, chamá-los à integração da demanda desde o processo de conhecimento. O litisconsórcio eventual.

Muito se discute a respeito do problema do cerceamento de defesa e da ofensa ao princípio do contraditório em sede dos pleitos de desconconsideração da personalidade jurídica. Em verdade, o cerne





da questão está nas preocupações em que, no processo de conhecimento, em sendo demandada unicamente a sociedade, se estaria violando o direito dos sócios de participar da evolução do litígio, vindo a sofrer, na execução, constrição patrimonial sem que ao menos pudessem ser ouvidos.

A despeito da discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o tema — alguns se mostram mais flexíveis quanto à exigência de citação dos sócios na etapa de certificação— ficamos, *ad cautelam*, com a posição, e. g., de Fábio Ulhoa Coelho (*ob. cit.*, 54-56), para quem, inexoravelmente, deve o membro da sociedade ser citado, já na fase de conhecimento, haja vista ser o entendimento mais afinado à segurança no processo. A propósito, observe-se o que preconiza o ilustre professor: “...será sempre inafastável a exigência de processo de conhecimento de que participe, no pólo passivo, aquele cuja participação se pretende, seja para demonstrar sua conduta fraudulenta (se prestigiada a formulação maior da teoria) seja para condená-lo, tendo em vista a insolvabilidade da pessoa jurídica (quando adotada a teoria menor).” (*ob. cit.*, p.56)

É com olhos postos na cláusula «*due process of law*», aplicada para garantir aos sócios o direito à ampla defesa e ao contraditório que se deve postular, desde logo, a sua citação como litisconsortes facultativos eventuais.

Está-se, deste modo, diante de um tema jurídico extremamente complexo: o litisconsórcio eventual. Nesta seara, poucas penas marcaram papéis; poucos doutrinadores se atreveram a dilucidar a matéria. Só agora, com a promulgação, por incrível que pareça, do Código de Defesa do Consumidor, é que o tema foi inserto na faina diária dos juristas.

Cândido Rangel Dinamarco, um dos poucos que enfrentou a questão —com a costumeira lucidez, diga-se—, desde antes do CDC, assim imprecou em sua monumental obra *Litisconsórcio*, a melhor monografia destas plagas tropicais sobre o tema: “*Questão elegantíssima, sobre a qual nada se conhece na literatura especializada brasileira, é a que diz respeito à admissibilidade do litisconsórcio alternativo ou eventual em nosso sistema de direito positivo. Igualmente na Itália pouco se escreveu a respeito, existindo*



*algumas manifestações no direito alemão. Será lícito colocar em juízo, cumulativamente, duas demandas dirigidas a pessoas diferentes, invocando o art. 289 do Código de Processo Civil (**cúmulo eventual**), para que uma delas só seja apreciada no caso de rejeitada a primeira? Será lícito comparecerem dois autores, na dúvida sobre qual deles seja o verdadeiro credor, pedindo que o juiz emita um provimento contra o adversário comum, em benefício de um dos dois (**cúmulo alternativo**)?" (**Litisconsórcio**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 390/391)*

Percebe-se, pois, pelas palavras do mestre paulista, que o tema não é fácil. O nosso Código de Ritos autoriza que se formulem mais de um pedido, em ordem sucessiva, a fim de que o segundo seja acolhido, em não o sendo o primeiro. São os chamados pedidos sucessivos (ou subsidiários, ou cumulação eventual etc.), concretizados no artigo 289 deste diploma legal.

O ensinamento de Nelson Nery Junior e de Rosa Maria Andrade Nery é, em tudo, esclarecedor: "**Pedido sucessivo**. O autor pode deduzir dois ou mais pedidos em ordem sucessiva. Pedido sucessivo é a pretensão subsidiária deduzida pelo autor, no sentido de que, em não podendo o juiz acolher o pedido principal, passa a examinar o sucessivo. Por exemplo, pedido de nulidade ou anulação de casamento (principal) e subsidiário de separação judicial (sucessivo). O pedido sucessivo só é examinado pelo juiz se não puder ser deferido, no mérito, o pedido principal." (**Código de Processo Civil Comentado**. 3ª ed. São Paulo: RT, 1997, p.571, art. 289, nota 1).

Em assim sendo, repita-se a pergunta de Cândido Rangel Dinamarco: será lícito colocar em juízo, cumulativamente, duas demandas dirigidas a pessoas diferentes, invocando o art. 289, do Código de Processo Civil? (**DINAMARCO, Cândido Rangel. Ob. cit., p. 391**).

A resposta é positiva.

Denomina-se o fenômeno de **litisconsórcio eventual**.

A parte autora não tem o poder de vaticinar que, no decorrer da batalha procedimental, seja imprescindível a aplicação da teoria da



disregard doctrine. Logo, é inteiramente legítimo a propositura da demanda pelo procedimento ordinário, com o litisconsórcio passivo entre a sociedade e os sócios.

O **litisconsórcio eventual**, aplicado à hipótese em comento, permite atacar o patrimônio pessoal dos sócios, **apenas e tão-somente**, se for impossível liquidar o débito por intermédio do capital social da pessoa jurídica.

Ora, na medida em que se poderá desconsiderar a personalidade jurídica de uma sociedade comercial—e, conseqüentemente, se instaurando a busca no patrimônio de seus sócios de bens para a satisfação da obrigação—, nada mais razoável, assim, que sejam citados, *ab ovo*, os sócios, já que, com a desconsideração, poderão ser tomadas medidas que acarretem a excussão dos seus patrimônios para a satisfação das pretensões de direito material postas em juízo.

A integração do feito com a presença, no pólo passivo, tanto da sociedade como dos sócios é inteiramente lúdica. Tal inserção passiva atua, aliás, muito mais, em benefício dos sócios do que do autor que afora a demanda, visto que, participando estes da relação jurídica travada no processo de conhecimento, podem, com maior intensidade, exercer os seus direitos fundamentais, garantidos pela Carta Política de 1988, de ampla defesa e contraditório.

Considerando o processo de execução como um processo cuja cognição é, na feliz expressão dos eminentes professores **Adroaldo Furtado Fabrício e Kazuo Watanabe**, *rarefeita ou punctualizada*, seria muito melhor —até para os próprios sócios— que eles sejam partes da relação jurídica existente no processo de conhecimento, para que, em razão da cognição ampla e exauriente, possam participar da formação do título executivo judicial e, precipuamente, defender-se em caso de uma ventura medida judicial de desconsideração da pessoa jurídica.

Os direitos fundamentais de devido processo legal (artigo 5º, LIV, da Constituição Federal de 1988), ampla defesa e contraditório (artigo 5º, LV, do Estatuto Político Pátrio) estariam amplamente respeitados com a inclusão dos sócios desde o início da demanda.



É o que pensa, por oportuno, Genacéia da Silva Alberton, em estudo acerca da matéria:

“Ora, no caso de responsabilidade subsidiária, na aplicação do art. 28 do CDC entendo possível ser proposta a demanda com litisconsórcio facultativo eventual. Se não for condenada a pessoa jurídica ou empresa-mãe, acolhida a desconsideração, será possível, desde logo, ser condenada a pessoa física, a empresa coligada ou integrante de grupo societário (art. 28 do CDC c/c art. 289 do CPC)

(...)

Não vejo, pois, óbice à aplicação do litisconsórcio facultativo eventual em hipóteses de desconsideração previstas no Código do Consumidor como garantia não apenas para o autor mas também para os demandados que, integrando a lide, terão condições de exercer plenamente o direito de defesa.” **(ALBERTON, Genacéia da Silva. A Desconsideração da Pessoa Jurídica no Código do Consumidor - Aspectos Processuais. Revista de Direito do Consumidor, julho-setembro de 1993, v. 7, São Paulo, RT, pp. 25/26.)**

Em razão disso, aconselha Flávia Guimarães, na obra citada:

“Portanto, o ideal é que o consumidor prejudicado, ao ajuizar a ação declaratória condenatória, já faça integrar a lide, com fundamento nos arts. 46, 292, do Código de Processo Civil, todos os co-responsáveis.

(...)

Do contrário, em fase de execução, caso os co-responsáveis não tenham participado do processo, seja como parte, seja como terceiro, poderão alegar ilegitimidade para estarem figurando no processo de execução.” (ob. cit., p. 147)

Aliás, a razoabilidade dos argumentos já é aceita inclusive pela Justiça Laboral —tradicionalmente favorável às posições em prol do empregado—, tendo o **Tribunal Superior do Trabalho** editado Enunciado que corrobora tudo o que foi dissertado até aqui. Diz o Enunciado 205 do TST: «**205. O responsável solidário, integrante do grupo econômico, que não participou da relação jurídica processual como reclamado e que, portanto, não consta do título executivo judicial como devedor, não pode ser sujeito passivo na execução.**»



Eis a razão da necessidade de formação do litisconsórcio eventual para a aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica. Não se pode, na ânsia por uma efetividade do processo, atropelarem-se garantias processuais conquistadas após séculos de estudos e conquistas. Imaginar a aplicação de uma teoria eminentemente excepcional, que inquina de fraudulenta a conduta deste ou daquele sócio, sem que se lhe dê a oportunidade de defesa —ou somente se lhe permita o contraditório eventual dos embargos à execução, com necessidade da prévia penhora⁸⁴—, é afrontar mezinhos princípios processuais; é, nas lúcidas observações do Prof. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, privilegiar a efetividade perniciosa em detrimento daquela que todos queremos: a virtuosa.

2. BIBLIOGRAFIA UTILIZADA

ALBERTON, Genacéia da Silva. *A Desconsideração da Pessoa Jurídica no Código do Consumidor - Aspectos Processuais*. Revista de Direito do Consumidor, julho-setembro de 1993, v. 7, São Paulo, RT, pp. 25/26.

CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. São Paulo: Bookseller, 1999.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. São Paulo: RT, 1977.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Breves Notas sobre Provimentos Antecipatórios, cautelares e liminares*. Em Estudos de Direito Processual em Memória de Luiz Machado Guimarães, coord. Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GUIMARÃES, Flávia Lefèvre. *Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código do Consumidor - Aspectos processuais*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

MALACHINI, Edson Ribas. *Da Conversibilidade de um Processo em Outro, por Emenda à Petição Inicial*. JB 163/36-43.

MEIRELES, Edilton. *Legitimidade passiva do sócio na execução judicial*. In: *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, 1998, v. 9, pp. 460/468.



NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravangante*. 3ª ed. São Paulo: RT, 1997.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do Formalismo no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

REQUIÃO, Rubens. *Abuso de Direito e Fraude Através da Personalidade Jurídica (Disregard Doctrine)*. RT 410/12-24.

WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. São Paulo: RT, 1987.

⁸() **Resumo do caso:** “O comerciante Aaron Salomon havia constituído uma “Company”, em conjunto com outros seis componentes de sua família, e cedido o seu fundo de comércio à sociedade assim formada, recebendo 20000 ações representativas de sua contribuição ao capital, enquanto para cada um dos outros membros foi distribuída uma ação apenas; para a integralização do valor do aporte efetuado, Salomon recebeu ainda obrigações garantidas de dez mil libras esterlinas. A companhia logo em seguida começou a atrasar os pagamentos, e um ano após, entrando em liquidação, verificou-se que seus bens eram insuficientes para satisfazer as obrigações garantidas, sem que nada sobrasse para os credores quirografários. O liquidante, no interesse desses últimos credores sem garantia, sustentou que a atividade da company era ainda a atividade pessoal de Salomon para limitar a própria responsabilidade; em consequência Aaron Salomon devia ser condenado ao pagamento dos débitos da company, vindo o pagamento de seu crédito após a satisfação dos demais credores quirografários.” (**Rubens Requião**, ob. cit., p. 18).

³ Cf MEIRELES, Edilton. Legitimidade passiva do sócio na execução judicial. In: Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Gênese, 1998, v. 9, pp. 460/468.